

【HJ*2/3】

【AM】 【DM(】 内二容二摘二要 【DM)】

【SM(】 【HT4” K】 上市公司关联交易的公司法规制 【SM)】

【BT1】 内二容二摘二要

关联交易是各国公司管理中较为重要和难以解决的问题之一。本文通过对国外立法与学说之介绍,从“董事与公司之间的关联交易”及“控股股东与公司之间的关联交易”来诠释关联交易公司法规制的体系,同时就关联交易问题所暴露的我国公司法之相关问题加以探讨,以供未来公司法修改之参考。

全文分前言、正文、结束语三部分。前言部分作为引子,旨在显现研究上市公司关联交易公司法规制的背景及现实意义,并对文章的结构和思路作出交待。

正文共四章。第一章开宗明义指出上市公司关联交易是上市公司及其附属公司与上市公司关联人之间进行

的交易,通过对关联人内涵(对公司具有控制权或重大影响的人)和外延(公司的内部人和与公司内部人有利益关系的第三人)的界定,揭示关联交易公司法规制的重心在于对公司内部人(包括董事、控股股东)行为的规制。紧接着在分析了关联交易的法律特征之后,指出关联交易

公司法规制的必要性,以及关联交易公司法规制的根本目的是平衡关联交易所涉及的相关利益主体间(包括董事与股东、控股股东与少数股东、股东与公司债权人)的权利义务和责任关系,制止董事和控股股东以牺牲其他利益主体为代价的不当关联交易的发生。

第二章围绕董事与公司间的关联交易展开,提出应当从放宽限制条件、扩大适用范围、完善生效要件三方面着眼完善我国对董事抵触利益交易的公司法规制。

第三章围绕控股股东与公司间的关联交易展开,从少数股东的程序保护入手,探讨了对资本多数决的

预防和救济。其中,事前的预防措施主要包括股东大会批准制度、股东质询权制度、股东表决权排除制度、独立

董事制度;事后的救济措施主要包括股东大会的撤销、无效、不存在之诉制度、股东派生诉讼制度、反对股东的股份收买请求权制度。

第四章亦围绕控股股东与公司间的关联交易展开,所不同的是该章从控股股东的实体责任着眼,寻求对资本多数决滥用的救济措施,论述了关联交易中控股股东对公司少数股东和公司债权人的责任。在行文表述上,第四章与第三章均以国外公司立法为参照,反观我国公司法,进而分析指出我国公司法在控股股东责任和少数股东保护方面的缺失,同时对我国相关制度的构建和完善作一探讨。

结束语部分以关联交易为契机对我国公司立法的现状进行检讨,并从法律之外的角度说明关联交易的公司法规制需要社会系统工程的配合。

【HTH】 关键词: 【HTSS】 二 【ZK(】 关联交易二公司法规制二董事抵触利益交易二

少数股东二控股股东 【ZK)】 【AM】

【LM】 【AM】 【LM】 【AM】

【DM(】 目二二二二录 【DM)】

【HT4” SS】

【BT1】 目二二二二录

【HTH】

前二言 【JY.】 1

第一章二关联交易公司法规制之概述 【JY.】 4 【HTSS】

一、关联交易的法律界定 【JY.】 4

(一)关联人的界定	【JY.】 5
(二)关联交易的法律特征	【JY.】 8
二、关联交易的公司法规制：冲突利益的平衡	【JY.】 9
(一)股东和董事之间的关系	【JY.】 10
(二)控股股东和少数股东之间的关系	【JY.】 11
(三)股东和公司债权人之间的关系	【JY.】 12 【HTH】
第二章董事抵触利益交易的公司法规制	【JY.】 13 【HTSS】
一、董事抵触利益交易的公司法规制的历史沿革	【JY.】 13
二、董事抵触利益交易的适用范围	【JY.】 15
三、董事抵触利益交易的生效要件	【JY.】 16
四、我国董事抵触利益交易公司法规制之完善	【JY.】 18
(一)放宽限制条件	【JY.】 18
(二)扩大适用范围	【JY.】 19
(三)完善生效要件	【JY.】 20 【HTH】
第三章控股股东关联交易的公司法规制(一)	
——关联交易中少数股东的法律保护	【JY.】 23 【HTSS】
一、事前的法律保护	【JY.】 24
(一)股东大会批准制度	【JY.】 24
(二)股东质询权制度	【JY.】 26
(三)股东表决权排除制度	【JY.】 27
(四)独立董事制度	【JY.】 29
二、事后的法律保护	【JY.】 31
(一)股东大会的撤销、无效、不存在之诉制度	【JY.】 32
(二)股东派生诉讼制度	【JY.】 33
(三)反对股东的股份收买请求权制度	【JY.】 36 【HTH】
第四章控股股东关联交易的公司法规制(二)	
——关联交易中控股股东的法律责任	【JY.】 38 【HTSS】
一、控股股东对少数股东的法律责任	【JY.】 38
(一)控股股东的忠实义务	【JY.】 38
(二)控股股东的民事赔偿责任	【JY.】 40
二、控股股东对公司债权人法律的责任	【JY.】 41
(一)营运阶段之责任	【JY.】 41
(二)破产阶段之责任	【JY.】 44 【HTH】
结束语	【JY.】 48
主要参考文献	【JY.】 51
后记	【JY.】 55 【HTSS】 【AM】

【LM】

【YM5” BZ., S】

【DM(】 前——言 【DM)】

【BT1】 前——言 【HT4” SS】

关联关系及其交易是随着世界范围内的公司组织形式和治理结构的演变,在跨国公司、母子公司得到广泛运用时出现的。作为关联方赖以实现利润最大化的手段,关联交易因具有促进企业规模经营、降低交易费用、提高市场竞争力等功能,在各国公司运作中广泛存在。然而

，由于关联方之间存在着各种各样的关联关系和利益上的牵扯，不可避免地产生交易上的不平等和利益的侵占，从而背离了市场经济的基本原则，客观上可能给市场造成负面影响。关联交易作为一种方法手段，它的诞生对市场来说是利弊共存，不能单纯地褒贬，只能中肯地归入中性经济范畴。因此上市公司关联交易的公司法规制，其目的并非禁止关联交易，而是规范关联交易、防范不当关联交易，使关联交易在关联企业整体效益，中小股东利益及社会公共利益之间寻找一个平衡点。这个平衡点意味着对关联交易监管所提供的公平和秩序的需要与维护市场运转效率和自由之间微妙的平衡。这是用公司法规制关联交易首先必须明确的一个前提。

今天我国国有企业改革面临两个直接的挑战。首先是建立现代企业制度。现代企业制度的建立又面临着两大任务：一是现有国有企业的公司化改造；二是在公司化的基础上实行公司集团化发展。前者而言，国有企业改制为公司，原有的隶属关系很难一刀切断，因此发生关联交易的可能性比规范的市场要大；后者，公司集团化的多了，集团化的规模大了，购并事件层出不穷，企业间的关系比任何时期都要复杂，企业间的交易也从单一交易走向多重交易。因此全面揭示关联关系及其交易显得十分迫切。另一个挑战来自短期摆脱国有企业的困境。普遍性的国有资产质量不良要求企业进行兼并和资产重组，那么就不可避免地涉及到关联交易。在一个成功的并购事件中，最关键的是对被并购企业进行资产重组。在重组过程中，关联交易手段的运用十分普遍和必要。同时随着国有企业上市融资的增多，由国有企业股权结构的特殊性决定，其运行过程中必然会产生大量的关联交易。鉴于关联交易中交易双方的关联关系，很容易形成交易后的协同发展，在一定程序上促进社会资源在重组后发挥更大的经济和社会效益。

我国以资本市场为依托的企业改革在一定程度上亦决定了关联关系及交易存在的客观性。

关联关系及交易的客观存在对我国现行的公司法律制度提出了巨

大的挑战。例如，“公司的投资者将自己的钱托付给公司董事并合理地期待他们能正当地运用这些资产为股东获得利益。”〔ZW() Ronald K Pitfield, Company Law, A Howard & Wyadham.W.H Allen Ltd London, 1978, p76. 〔ZW)〕

那么如何能保证在董事与公司进行的关联交易中，这种控制权不会被滥用而损害股东利益呢？

又如，基于资本多数决的传统公司运作机制，表决权多数产生于持股数量多数，持有公司多数股份的大股东在公司居支配地位。”〔ZW() 王保树：《股东大会的地位及运营的法理》，《中国社科院研究生院学报》1995 第 1 期，第 38 页。〔ZW)〕

那么如何保证控股股东在行使权力对公司关联交易作出安排时，不会造成对公司少数股东的侵害？再如，

怎样矫正作为公司法人制度两个基石的公司法人人格独立和股东有限责任制度，不至于成为在关联交易中滥用支配力的控股股东的保护伞，实现公司法律制度一般正义的价值目标？

本文正是基于上述的法学思考和价值选择，开始探讨在公司法层面对关联交易加以规制这一问题。在对这一领域展开研究时，首先必须对关联交易进行法律上的定位。第一，如何划定关联人的范围？这将直接涉及到具体制度制约哪些人的权力和后面行文的展开。第二，为什么必须给予关联交易必要的公司法上的关注和保护？这将构成本文的第一部分。文章的第二部分将围绕关联人种

类之一的董事展开，在借鉴董事抵触利益交易的国外立法例的基础上完善我国对董事抵触利益交易的规制，这部分内容将是对前述第一个问题的尝试性回答。文章第三部分和第四部分分别从程序和

实体和两个方面规范另一种类关联人——控股股东与公司间进行的不当关联交易，亦即

对前文第二、第三个问题的回答。一方面旨在通过程序上的制度设计促

使少数股东有效地行使法律权利，实现股东间

权利结构的制衡，尽可能地保证关联交易在公正的基础上进行；另一方面旨在通过义务和责

任对控股股东进行权利的限制或责任的追究，来限制和减少不公平关联交易的发生。

最后是结束语，以关联交易的规制为契机对我国公司立法的现状进行检讨，并从法律之外的角度说明关联交易的公司法规制需要社会系统工程的配合。

此外，需要说明的是作者将研究范围限于上市公司的关联交易，并不意味着仅在上市公司才存在

关联交易，而是因为：其一、上市公司的关联交易作为资本市场发展中的一大现象远比资本市场之外的关联交易更引人注目。上市公司关联交易的过程、后果、目的、合法性更多地受到市场参与方的重视。其二、1997 年财政部制定的《企业会计准则——关联方关系及其交易

的披露》目前暂在上市公司执行；其三、我国对上市公司的制度设计处于公司法律制度的前沿，代表了未来我国公司法制的走向，所以研究上市公司关联交易，无疑具有重大的理论和实践意义。〔HTSS〕

〔LM〕

〔DM(〕 第一章■关联交易公司法规制之概述〔DM)〕

〔BT1〕 第一章■关联交易公司法规制之概述

〔BT2〕 一、关联交易的法律界定

要对关联交易进行规制和管理，首先必须对关联交易进行法律上的界定。然而，关联交易无论

在事实上还是在法律上的确认都很复杂。关联交易，国内也称为关联人士交易、关联方交易、关连交易。《深圳市上市公司监管暂行办法》第 29 条使用的是“关联人士交易”，财政部 1997 年 5 月 22 日颁布的《企业会计准则——关联方关系及交易的披露》(以下简称《企业会计准则

#1》)使用的是“关联方交易”，《香港联合交易所上市规则》第 14 章使用的是“关连交易”一词。自 1997 年 6 月 24 日中国证监会发文规定上市公司 1997 年中期报告必须按《企业会

计准则 #1》披露

关联交易事项之后，在国内的文章中普遍使用“关联交易”的提法，但对其具体含义都未作出明确界定。在国外公司法，虽未曾使用关联交易一词，但存在“关联企业”〔ZW(〕《德国股份法》第三篇关联企业。〔ZW)〕、“董事抵触利益交易”〔ZW(〕《美国示范公司法》第 8 章第 6 分章。〔ZW)〕、“董事与公司间反向利益交易”〔ZW(〕《日本商法》第 265 条。〔ZW)〕

等类似的用语。尽管关联交易已经逐渐引起人们的注意，但在法律概念上尚未有一个公认的标准为人们所广泛接受。

为了研究的方便，笔者首先对关联交易作出一个初步的界定。关联交易是指关联人之间进行的交易。上市公司关联交易则是指主体一方为上市公司及其附属公司，与另一方为上市公司关联人之间所进行的交易。在考察《香港联合交易所上市规则》、沪深两市《股票上市规则(2000 年修订本)》

〔ZW(〕《上海证券交易所股票上市规则(2000 年修订本)》、《深圳证券交易所股票上市规则(2000 年修订本)》(以下简称《股票上市规则(2000 年修订本)》)，已经中国证监会

批准，《股票上市规则(2000 年修订本)》自 2000 年 5 月 1 日起施行。1998 年 1 月 1 日实施的《上

海证券交易所股票上市规则》、《深圳证券交易所股票上市规则》(以下简称《股票上市规

则(1998年修订本)》)同时废止。【ZW】

和《企业会计准则 #1》之后,

我们也可以得出类似的结论。《香港联合交易所上市规则》所规定的关连交易是指:(a)公司或任何其子公司和一关连人士之间的任何交易;(b)公司或任何其子公司收购或变卖一公司的股权,而一关连人士或未来关连人士是该被收购或变卖股权公司的大股东。《股票上市规则(2000年修订本)》中明确了上市公司关联交易是指上市公司及其附属公司与其关联人交换资源、资产、相互提供产品或劳务的交易行为。《企业会计

准则 #1》中关联方交易,是指在关联方之间发生转移资源或义务的事项,而不论是否收取价款。需要指出的是,根据美国法院在 Hoffman Machinery Corporation V .Ebenstein 一案中的解释,“交易”(Transaction)是指能够引起一定法律后果的任何处理事务的行为,包括购买、销售、租赁、担保、借贷等诸多事项,是一个比合同更宽泛的术语。【ZW】 Henry Campbell Black, M.A., Black's Law Dictionary, 5th ed. West Publishing Co., 1979, p1341. 【ZW】

因此衡量关联交易的基础在于对关联人的界定,即交易是否属于关联交易,首先在于交易的另一方是否属于关联人的范畴。

【BT3】(一)关联人的界定

【BT4】1. 关联人之立法例

从目前各国的立法来看对关联人的定义,没有统一的标准。《国际会计准则 24——关联方披露》中将关联方定义为:“在财务或经营决策中,如果一方有能力控制另一方或对另一方施加重大影响,则认为他们是关联方。”美国财务会计准则中将关联方定义为:“某一企业所涉及的各方,如果其中一方有能力对其他方的管理或经营决策进行控制或施加重大影响(通过所有权或其他方式),达到可阻止交易各方中的一方或多方完全追求自身单独利益的程度。”我国《企业会计准则 #1》规定的关联方为:在企业财务和经营决策中,如果一方有能力

直接或间接控制、共同控制另一方或对另一方施加重大影响,则将其视为关联方;如果两方或多方同受一方控制也将其视为关联方。

与上述的会计准则对关联人的概括式的定义相比,《香港联合交易所上市规则》和《股票上市规则(2000年修订本)》

则以列举的方式规定了关联人的范围。前者第 14.03 条第 2 项“

凡提及关连人士,概包括:(1)发行人或其任何附属公司的董事、行政总裁或主要股东已与或拟与其订立(不论正式或非正式、明示或暗示)有关某项交易的协议、安排、谅解或承诺的任何人士或公司及(2)与发行人或其任何附属公司的董事、行政总裁或主要股东同住、为彼等配偶或亲属的任何人士,包括:(A)满十八岁或以上的子女或继子女;(B)父母或继父母;(C)兄弟姐妹或继兄弟姐妹;或(D)岳母、岳父、女婿、媳妇、姻兄弟姐妹。”

后者 7.3.3 条规定具有下列情形之一的法人,视为上市公司的【HTH】关联法人【HTSS】:(1)直接或间接控制

上市公司的第一大股东,或者基于股权比例、公司章程或经营协议的规定能够控制上市公司董事会组成的法人股东;(2)本条第 1 项所列股东的子公司,以及该等股东有权决定半数以上

董事人选或法定代表人人选的企业;(3)7.3.4 条所列的关联自然人担任法定代表人的法人;(4)按照国家有关法律、法规确定的与上市公司具有关联关系的法人。7.3.4 条规定具有下列

情形之一的人士,为上市公司的【HTH】关联自然人【HTSS】:(1)上市公司的董事、监事及

高级管理人员；

上述人士的父母、配偶、年满 18 周岁并具有民事行为能力的子女；(2)7.3.3 条第(1)、(2)款

所列示的关联法人中担任董事、监事、法定代表人、经理的人士。7.3.5 条规定因与上市公司关联法人签署协议或作出安排，在协议生效后符合 7.3.3 条第 1 款规定的，为上市公司〔HT H〕潜在关联人〔HTSS〕。

以上对关联人界定之立法例，可以归纳为两种。一种是“概括规定的方式”，可以给人以关联人“质”的概念，具体适用范围可依法解释学予以适当确定，避免因列举关联人而产生挂一漏万的弊病，这固然也是各国会计领域所遵循的“实质重于形式”的一种体现。但其缺点在于人们对“关联人”的理解难免仁智互见，势必影响到法律的适用。另一种是“封闭式的列举”，可以使人们对关联人的范围一目了然，具有很强的实践操作性，有利于加强证券市场的监管，但很难周全地穷尽关联人的外延。在很多情况下，需视具体情况判断是否成为关联人，法律没有必要代替当事人设想他们可能面临的情况。有鉴于此，笔者建议我国立法对关联人的界定应取其长避其短，以概括式界定其内涵，以列举式划定其外延。

〔BT4〕2. 关联人的内涵和外延

综观上述规定，关联人的内涵是指对一方经营决策具有控制权或重大影响的人，即关联人的质

的规定性表现为“对经营决策具有控制权或重大影响力”。值得注意的是，这种控制或重大影响是双向的，或者对公司有控制或重大影响，或者受公司的控制或重大影响。

对于控制如何作出定义，有不同的观点：一种观点认为，控制是一种权利，这种权利需要通过拥有一定量的表决权资本来实现。因此控制定义中应当强调所拥有的股权或权益的比例，以量化的股权或权益比例来说明控制的程度更具操作性；〔ZW(〕《国际会计准则第 24 号—关联方披露》关于控制的定义持此观点。〔ZW)〕另一种观点认为，控制是一种权利，但这种权利

利并不一定可以完全可以量化，而应视其实际情况而定。因此控制的定义不能仅仅以量化的股权或权益的比例来表述，而应当以实际上拥有的控制权来说明。〔ZW(〕《国际会计准则第 27 条—合并财务报表和对子公司投资的会计》关于控制的定义持此观点。〔ZW)〕笔者认为，两种观点的表述虽然不同，但实质上是一致的。相比较而言，后者的观点表述得更完整。〔ZW(〕这种结论是有益的，因为这涉及到如何判断某个股东是否对公司具有控制权。是否成为公司控股股东的标准并非完全以其所持股份是否达到某一比例为绝对标准，而是以每

一具体事件为准，视其对该事件的影响力与决定力而论。任何一种完全用持股比例来界定控股股东的做法，不可能具有实际上的普遍意义。See H.Henn & J.Alexander, Law of Corporation, West Publishing, 1986, pp611—644. 〔ZW)〕

重大影响，是指对一

方的财务和经营政策有参与决策的权力或对决策的作出有实际影响，但并不决定这些政策。重大影响和控制的主要区别在于，重大影响仅仅能够参与企业的决策，而控制能够决定是否采纳这些政策。而与控制相同的是，在确定一方是否能对另一方施加重大影响时，亦应视其实际影响能力而定。

在关联人列举的规定中，我们可以概括出关联人的外延不外含二：一是公司的内部人，二是与内部人有利益关系的第三人。第三人因协议或私人关系成为公司的关联人。〔ZW(〕何美欢著：《公众公司及其股权证券》(中册)，北京大学出版社 1998 年版，第 636 页。〔ZW)〕他们在关

联交易中施加控制或重大影响是通过内部人实现的，而这种具有控制力或重大影响力的公司内部人通常

表现为公司的董事、高级职员或有控制权的股东。他可能是，也可能不是交易的一方，但这个有影响力的人能同时影响该相关公司及交易对方。如果交易或交易的附带结果对第三方而不是对公司或投资人更有利，那么这些内部人就会从第三方的收益中获得更大的私人利益。

〔ZW〕(美)罗伯特·C·克拉克著：《公司法则》，胡平等译，工商出版社1999年版，第120页。〔ZW〕因此，关联人(包括内部人和与内部人有利益关系的第三人)在上市公司关联交易

中施加控制或重大影响均是通过内部人实现的。关联交易公司法规制的重心就转向规制公司内部人的行为，通常包含前述的公司的董事或高级职员以及公司的控股股东。这也是为什么公司法中没有明确的关联交易规制的规定和提法，而只存在在本章开头“董事抵触利益交易”、“董事

反向利益交易”、“关联企业关系”等类似提法。故而，关联交易的公司法规制应是一个多维的规制，包括在董事与公司进行交易的场合对董事行为的规制和在控股股东与公司进行交易的场合对控股股东行为的规制。

〔BT3〕(二)关联交易的法律特征

关联交易是相对于独立交易而言的一个概念。关联交易具有以下法律特征：

1. 关联交易双方当事人实质地位不平等

在独立交易中，交易双方地位平等，交易遵循市场竞争原则。双方各自从各自的利益出发，讨价还价，竞价成交，彼此实现效用最大化。在关联交易中，双方当事人在法律上是平等的，但在事实上又是不平等的，交易一方对另一方拥有控制权或重大影响。关联人的控制权或重大影响决定了关联人在关联交易中拥有信息经济学中所说的非对称信息(asymmetric in

formation)〔ZW〕非对称信息是指某些参与人拥有但另一些参与人不拥有的信息。张维迎著：《博弈论与信息经济学》，上海三联书店1996年版，第397页。〔ZW〕的优势，这种优势很可能导致一方失去了平等谈判的能力，使关联人单方面占有而不是双方协商分配

财产。事实上，关联交易的根本含义是：交易表面上发生在两个或两个以上的当事人之间，实际上却只由一方决定。〔ZW〕(美)罗伯特·C·克拉克著，前引书，第117页。〔ZW〕

2. 关联交易隐含内部人的利益冲突(Conflicts of Interest)

在关联交易中，内部人往往会陷入“角色冲突”(Role Conflict)之困境。内部人一方面是公司的成员，另一方面是公司的直接或间接交易对象。在公司上，无论是董事或高级职员，还是具有控制权的股东，都负有对公司以全体股东的忠诚义务。忠诚义务是只为寻求公司的最大利益的义务。〔ZW〕Stephen C. Curley, Presentation on the United States Securities Law

s Governing Affiliated Transaction, in the CSRC(ed)Collection of Essays and Articles from the international Symposium on Securities Law, Publish House of Law, 1997, p200. 〔ZW〕因此对于内部人而言，在一宗关联交易中，是超越公司利益以促进自身利益，或是将一类股东的利益置于另一类股东之上而

获益，还是作出相反的利益选择，内部人面临着利益冲突问题。

利益冲突就其实质而言，无非是指在公司决定一宗交易时，内部人个人利益与公司利益相冲突，这一冲突可能使得内部人从个人利益出发从而导致公司在此宗交易中处于不利的地位。其所强调的是冲突的可能性。换言之，是利益受到损害的可能性，并非限于其实际所受损害本身。〔ZW〕焦津洪：《论管制知情交易的自律机制——信息长城(Chinese Wall)》，《

中外法学》1998 第 5 期，第 40 页。〔ZW〕

3. 关联交易的法律后果，既可能是不公平、不公正的，也可能是公平、公正的〔ZW〕
《保护投资者利益■推动资产重组——“关联交易·企业购并·市场发展”研讨会纪要》，
《中国证券报》1996 年 10 月 9 日第 7 版。〔ZW〕

美国著名公司法专家、哈佛大学法学院院长

克拉克指出：任何特定的关联交易对关联人或公司来说，可能是也可能不是不利或次佳的。只有当交易实际上对关联人或公司来说是不公平的，才能说关联交易是不公平或被滥用的。
〔ZW〕(美)罗伯特·C·克拉克著，前引书，第 120 页。〔ZW〕尽管关联交易中存在角色冲突，而且这种角色冲突在一定程度上意味着利益冲突存在的可能性。然如上所述，利益冲突本身并不就是

一种犯罪、侵犯或并不必然有损害结果的发生。如果关联交易问题是如此的显而易见，那么人们就会找出一种显而易见而且简单的解决方法即禁止一切关联交易。这就是纽约股票交易所 50 年代采取的政策。〔ZW〕Ho, BMF, Regulating Affiliated Transaction in Hong Kong in the CSRC(ed) Collection of Essays and Articles from the international Symposium on Securities Law, Publish House of Law, 1997, p148. 〔ZW〕不过关联交易

易并非完全不好，其所隐含的利益冲突只是一种“事物的状态”或者说是“潜在的风险”。应当看到关联交易有损害公司利益之虞，同时关联交易可使公司和股东受惠。不少关联交易事项在事实上对公司完全公平和合理。正因为如此，法律并不禁止公司与关联人之间从事交易。但是，应当指出的是，任何一方当事人作为一种经济行为主体，都具有利己(self-interested)动机，

因而在关联交易过程中，内部人往往会滥用对公司的控制权或重大影响力，不按等价有偿原则向公司支付对价，从而损害了公司及其中小股东、债权人等利益相关者的合法权益。

〔BT2〕二、关联交易的公司法规制：冲突利益的平衡

关联交易的公司法规制是关联交易上述法律特征的逻辑必然延伸。因为，关联交易是一种客观存在，而公司法又不禁止此种利益冲突交易的存在，那么就必须设计一种特殊的规则，以期最大限度地消除公司内部人因个人私利对交易他方或利益相关者造成侵害的可能性。也正是因为关联

交易存在被滥用的巨大风险，所以从公司法角度对关联交易进行关注和规制更显得必要和迫切。

关联交易的公司法规制是指在关联交易中为公司法上的各种利益主体提供公司法上的保护。这种保护有其经济上和法律上的合理性。就其经济上的合理性而言，公司作为现代企业制度的基石和核心，在贯彻股东有限责任和倡导公司利润最大化目标的前提下，必须充分尊重公司债权人等社会公众的利益，使这两种看似矛盾实则有机统一的利益主体之间的关系得以平衡。否则，仅强调关联交易中控股股东利润最大化目标的实现而忽视公司债权人的利益，则不仅会造成对公司债权人利益的侵害，而且也无法有效地发挥公司的积极作用。就法律上的合理性而言，公司法要求公司为股东而非其管理者的利益而经营。因此，作为公司受托人的董事或高级职员在与公司进行交易时，不允许超越公司利益谋求自身利益，应当真诚地以公司最大利益为出发点行事。此外，公司法作为贯彻股东平等原则的重要工具，在充分尊重资本多数决定原则的前提下，必须有效地保护关联交易中公司少数股东的合法权益，不允许公司进行为一部分股东(尤其是控股股东)的利益损害另一部分股东利益的关联交易。否则，不但会损害少数股东的利益，而且会破坏公司持续稳定的发展基础。事实上，无论是从经济上的合理性看，还是从法律上的合理性看，上市公司关联交易公司法规制的根本目的是为了平衡关联交易所涉及的相关利益主体间的权利义务

和责任关系，制止关联人以牺牲其他利益主体为代价的不正当关联交易的发生。一般说来，关联交易中受公司法保护的利益主体间的利益关系主要包括以下几个方面：

【BT3】(一)股东和董事之间的关系

随着市场经济的发展，股份日趋分散化已是一个不争的事实。大部分股东积极参与企业管理的机会成本过高，而使得所有权和管理权的分离成为必然。所有权和经营

权一旦分开，很难让代理人(高层管理层)按要求行事，因为要求他利用作为经济人的本能使利润最大化，而同时又要求他把他人利益的最大化置于自己的个人利益之上。【ZW】何美欢著，前引书(上册)，第502页。【ZW】所

以波斯纳说，在股东利益中占必要地位的不是参与性股东是否民主，而是需要一种能阻止管理人员将过多的

企业净收入转向他们自己的机制。【ZW】(美)理查德·A·波斯纳著：《法律的经济分析》(下)，蒋兆康、林毅夫译，中国大百科全书出版社1997年版，第536页。【ZW】收入转移的

风

险在董事与公司直接或间接的利益冲突交易中显而易见。因为利害关系董事既是交易的一方当事人，或

在一方中享有重要利益，又是另一方(董事任职公司)的内部人，正是他的优势地位影响整个交易过程，从而使人们有理由怀疑此项交易的公正性。【ZW】张开平著：《英美公司董事法律制度研究》，法律出版社1998年版，第252页。【ZW】事实上，由于董事集双重人格于一身，基于趋利避害的人性考虑，极易发生受托人利用某特殊地位损害公司及股东利益的情形。董事和股东的利益冲突由此可见一斑。由于两权分离的目的在赋予股东利益而股东又实际上丧失了支配公司财产的权利，因此，在股东与董事的冲突平衡上，公司法自然将平衡点移向了股东的保障上。公司法所规定的关于股东和经营管理者之间的大致轮廓就表现为股东为公司出资，公司由管理人经营并必须使股东获得最大回报。法律一方面对受托人权力

和自由
的运用加诸了许多义务与限制，比如忠实义务、自我交易行为的原则禁止等，以防范利益冲突；另一方面，通过适当的法律程序最大限度地过滤董事抵触利益交易所潜在的道德风险(moral hazard)，并在公正性受到怀疑时由司法审查来最终决定交易的效力。

【BT3】(二)控股股东和少数股东之间的关系

公司股份的分布是不均等的，于是形成控股股东和少数股东的分别。从理论上讲，控股股东只不过比其他股东从比例上享受更多的权利，并非在权利性质上有所不同。但是，基于公司法上的资本多数决原则，控股股东享有比少数股东更为优越的权利。利用这一优越性，控股股东在

与其他股东的关系中，不仅在比例上享受更多的数量上的利益，而且拥有少数股东不能接近的机会。从公司法理上看，这种机会的不平等似乎是不可避免的。但是事实上有很多控股股东再进一步滥用其优越性，享受更加不公正的机会。韩国著名商法学者李哲松教授就指出：当今，由于股东大会虚构化现象和缺少实效的经营监视体制，控股股东的私利追求不断扩大，如何杜绝这一现象或为公司法的一项重要课题。【ZW】(韩)李哲松著：《韩国公司法》，吴日焕译，中国政法大出版社2000年版，第226页。【ZW】

Earl Sneed 根据个人利益的理论论证了股东享有表决的绝对自由。个人利益理论认为股东要

获利的渴望将促使他作出有利于公司的表决。如果个人利益能保证这样的结果，显然没有必要对控股股东的表决权进行限制。【ZW】Earl Sneed, The Stockholder May Vote as He Please: Theory and Fact, (1960)20U Pitt L Rev 23, p31.转引自何美欢著，前引书(中

册)，第 812 页。〔ZW〕但 Earl Sneed 进一步指出，个人利益理论只在控股股东对公司业务只是作为有利害关系的一般股东时才成立，如果涉及股东对公司利益的分配或自我交易，个人利益理论的适用就受到限制。〔ZW〕同上。〔ZW〕因此，公司法有必要对股东间失衡的利益

结构作出调整，一方面对控股股东进行权利的限制或义务的增加，一方面赋予少数股东法定的特殊权利，以实现股东间权利结构的制衡。〔ZW〕张雅斌、蔡爱平：《论我国公司不公平关联交易行为的公司法规制》，《政治与法律》1997 年第 1 期，第 50 页。〔ZW〕

〔BT3〕(三)股东和公司债权人之间的关系

传统公司法认为，股东和公司债权人是两类性质不同的利益主体。公司以人及出资作为结合，属于社团法人。一般而言，公司以其名义对外订立契约，其权利义务由公司本身承受，公司债权人必须向公司直接请求，而不得以股东为债务人请求履行债务。法人透过其拟制人格，

巧妙地将投资者(股东)投入的财产及由此衍生的债务吸收于自己名下，从而保持了无限责任的外壳(法人以其所有资产就其本身过失负责)却赋予投资者(法人的真正受益者)以有限责任

的内核。〔ZW〕周小明著：《信托制度的比较法研究》，法律出版社 1996 年版，第 70 页。

〔ZW〕因此，对于契约法上请求权人的公司债权人而言，公司法上股东有限责任制度无限扩

张了股东的自由，使公司具有某种程度的“避债功能”，从而有可能危及公司债权人的自由和权益。关联交易中控股股东滥用公司形骸逃避公司债务，就是

一个典型的例证。如何平衡股东和公司债权人之间的权益冲突，矫正股东有限责任的负面影响，实是公司法制无法回避的价值选择。

〔LM〕

〔DM〕第二章董事抵触利益交易的公司法规制〔DM〕

〔BT1〕第二章董事抵触利益交易的公司法规制

〔BT2〕一、董事抵触利益交易公司法规制的历史沿革

按照《美国示范公司法》第 8.60 条第 2 款的规定，所谓董事抵触利益交易，是指在公司正在

进行或即将进行的一项交易中，该公司的董事对其拥有特定的利益。根据英美学者的划分，董事抵触利益交易属于基本自我交易(basic self-dealing)的一个类型。〔ZW〕张开平著，前引书，第 238 页。〔ZW〕克拉克进一步解释认为自我交易需满足三个条件。

第一，相关公司与他人之间发生了交易。相关公司指受到危害的公司。第二，某享有决策权的人同时影响该相关公司及其交易对方。第三，此人在相关公司的交易对方中或交易的其他方面较其在相关公司具有更大的利害关系。〔ZW〕(美)罗伯特·C·克拉克著，前引书，第 120 页。〔ZW〕就董事与公司自身之间的交易而言，董事代表

交易双方进行决策，而其在个人方面具有更大的利益关系，所以存在董事为了个人利益而牺牲公司利益进而损害股东利益的巨大风险。法律对此给予了很大的关注。

一篇著名的法律评论文章〔ZW〕Harold Marsh,Are directors trustees? Conflict of in t

erest and corporate morality,Business Law, Vol.22,1964,p35. 〔ZW〕的作者 Harold Marsh 认为：从 19 世纪中期起，美国就出现了规范董事同其公司之间签订合同的行为的法律，该法律经历了三个阶段。从 1880 年开始是第一阶段。当时法律规定，只要公司或股东提出请

求，任何该类合同不论公正与否，都可被判定为无效。事实上，大多数董事抵触利益交易都属于绝对禁止之列。然而，到了 1910 年，即第二个阶段开始时，“一般的规定是，董事与其公司之间签订的合同如果得到了没有利害关系的大多数董事会成员的批准，并且，即使有人提

出异议，法院也不认为该交易具有明显的不公平性或欺诈性，那么该合同就具有法律效力；但是，如果批准该合同的董事会的大多数成员对此均有利害关系，不论该交易是否公平，只要公司或股东提出申请，该合同都可以被判定无效。”〔ZW〕Harold Marsh, supra, pp39-40. 〔ZW〕最后，到了 19

60 年，即第三个阶段开始时，法律的有关规定变得宽容了一些：除非受理异议诉讼的法院认

为该合同是显失公平，即使是有利害关系的董事会批准订立的这类合同，一般也都认为具有法律效力。

克拉克进一步指出现在可能处于第四阶段，即更加宽容的阶段。〔ZW〕(美)罗伯特·C·克拉克著，前引书，第 131 页。〔ZW〕因为在 1975 年，加利福尼亚通过了一部新的综合性的

公司法

典，出现了一项新条款，该条款排除了有利害关系的交易接受公平性司法审查的必要。该法第 310 条要求交易必须是“公平和合理的”，即是独立的，或得到了董事会的批准，但在股东批准的情况下，又免除了这项要求。这种排除，意味着股东适当批准的交易可以免除对其合同条款的公平性进行的司法调查。尽管在 1989 年，即克拉克《公司法》一书出版后的第

3 年，《美国示范公司法》(1989 年文本)在《美国示范公司法》(1984 年文本)之上作了重大修改，赋予符合“

安全港规则”(a safe harbor procedure),即履行披露和非利害关系人独立决定两个程序规则的董

事抵触利益交易不受司法审查的效力。〔ZW〕《美国示范公司法》第 8 章第 6 分章。〔ZW〕但由于多数人的反对，迄至 1994 年美国只有 3 个州采纳这

项修正条款，而未成气候。〔ZW〕张开平著，前引书，第 26 页。〔ZW〕

美国之外的大多数国家对此的最初反应均是禁止一切此类交易，后来逐渐演变为允许一定条件下进行此类交易。〔ZW〕《英国公司法》第 317 条。《韩国商法》第 399 条，《法国公司法》第 105 条，《日本商法》第 265 条，《加拿大商业公司法》第 120 条。《香港公司条例》第 62 条。〔ZW〕

不管法律演变的原因何在，这种演变是很容易理解的，对于董事抵触利益交易给立法造成的两难状况，“皇家商务信贷公司诉科尔曼”(Imperial Mercantile Credit Association v. Coleman)〔ZW〕(1870—1871)LR6 Ch App 558. 转引自何美欢著，前引书(上册)，第 420 页。〔ZW〕

一案是一个好的例证。某投资公司的董事是经纪人，他给公司带来一笔包销业务，他作了详尽的披露，并放弃表决，章程允许他在这种情况下保留收益(经纪费)。法庭提出的问题：是应该让那些利用自己的关系或在巨额贸易中的参与而可能促进公司利益的人担任董事，还是应让那些在与公司有关的交易中没有股份的人来担任董事呢？〔ZW〕同上。〔ZW〕

〕无可争议的，从好的方面讲董事抵触利益交易至少在节约交易成本方面对公司有利，有的时

候董事可能是某一特定交易唯一或较有利的来源。〔ZW〕(美)罗伯特·C·克拉克，前引书，

第 150—151 页。〔ZW〕为此，全盘禁止不是全面的解决办法，法律在此变得宽容起来。但如果允许某些董事抵触利益交易，法律将面对界定具有利害关系董事的范围，以及评价董事抵触利益交易效力的难题，从而为受到危害的公司和股东提供足够的保护。

〔BT2〕二、董事抵触利益交易的适用范围

依据普通法，代理人不能代表委托人进行其自身具有利害关系的交易，除非事先获得了委托人知情的同意，并且该交易是公平的。〔ZW〕何美欢著：《香港代理法》，北京大学出版社 1995 年版，第 160—162 页。〔ZW〕将这一原则适用于公司，要决定的第一个问题就是董事是否具有利害关系，即董事抵触利益交易的适用范围。

根据《日本商法》第 265 条第 1 项之规定，董事和公司间的交易包括两种，一种为直接交易即

董事受让公司的产品及其他资产，或向公司转让自己的产品及其他资产，以及从公司借款等；一种

为间接交易即由公司担保董事的债务、与董事以外的第三人进行公司与董事利益相反的交易。

根据《美国示范公司法》第 8 章第 6 分章的规定，对于一项和公司（这里所说的公司也包括公

司的子公司或公司在其中有控制利益的任何其他实体）相关的交易，存在董事抵触利益的情形包括：1. 董事或董事的“有关人”〔ZW〕按照《美国示范公司法》第 8.60.3，董事的“有关人”

指①其配偶（或配偶的父母或同胞兄弟姐妹）或董事的子女、孙子女、同胞兄弟姐妹、父亲或母亲（或他们各人的配偶），或是一个和董事住同一住宅的人，或是一个信托组织或一个产

业整体，在该信托组织或整体中在①句中所述的各个人是其受益人；或者②一个信托组织、产业整体、无行为能力人、被保护人或幼年人，对他们来说该董事是一个受托人。〔ZW〕是这件交易的一方或对该交易拥有实质上的财产利益。

2. “法律规定的其他入”〔ZW〕按照《美国示范公司法》第 8.60.2，法律规定的其他入是指①

一个实体（不是本公司），该董事也是该实体的一个董事、普通合伙人、代理人或雇员；②一个

人，他控制了一个或多个在①句中指明的那种实体；或是一个实体，它是由在①句中指明的那种实体中的一个或多个实体所控制或共同控制的；或者③个别的一个人，他是该董事的普通合伙人，被代理人或雇员。〔ZW〕是这件交易的一方或对该交易拥有实质上的财产利益。

其中二者所谓的“对交易拥有实质的财产利益”，是指该钱财利益对董事、董事的有关人或法律规定的其他入是十分重要的以致于我们可以合理地设想如果董事被召集对这件交易投

票时，上述利益会对该董事的判断产生影响。

根据《韩国商法》第 398 条之规定，董事抵触利益交易是指董事以公司为对象，以自己或者第三人的计算进行的交易。但对如何认识“自己或者第三人的计算”之范围，韩国商法没有进行列举，学者认为对此存在解释上的问题。〔ZW〕（韩）李哲松著，前引书，第 506 页。〔ZW〕

〔BT2〕三、董事抵触利益交易的生效要件

无论在英美法系国家还是在大陆法系国家起初均对董事抵触利益交易持否定评价。

但如上文所指出的人们逐渐认识到，在特定情况下这类交易是不可避免的。更为重要的是，在所有的交易中，确实有一部分交易与公司同其他人的交易相比，对公司更为有利，更具有

实际价值。因此许多国家公司法都不绝对禁止董事抵触利益交易，而只规定董事抵触利益交易须满足一定的要件后方能生效。

根据《日本商法》第 265 条的规定，董事与公司进行的直接交易和间接交易应经董事会认可；

董事会一经认可，即不适用民法第 108 条双方代理之禁止规定；从事该项交易的董事，须立即就该交易的重要事实向董事会报告。《韩国商法》的规定与之近似，商法第 398 条规定：

“董

事只限于有董事会承认时，可以以自己或者第三人的计算与公司进行交易。经董事会承认进行自己交易时，不适用民法第 124 条限制代理权的规定。”但韩国商法第 391 条进一步阐明，董事会的承认依通常的决议方法，但由于交易当事人(董事)为特别利害关系人，不得行使表决权。

在美国，1984 年《示范公司法》第 8.31 条规定，一项利益冲突交易不得仅仅因为在该交易中

存在董事的利益而由本公司主张撤销，如果它满足下述条件之一：(1)有关该交易和该董事利益的重要事实，已经向本公司的董事会或董事会的一个下属委员会披露或他们已经知道，并且该董事会或委员会已经授权、批准或追认了此项交易；或

(2)有关该交易和该董事利益的重要事实，已经向本公司有投票权的股东披露或他们已经知道，并且他们已授权、批准或追认了此项交易；或

(3)该交易对本公司是公正的。

在上述三项条件中，(1)和(2)属于程序性(procedural)要件，而(3)属于实质性(substantive)要件。程序性要件包括两个方面，一是要求利害关系董事对其与此项交易的关系以及在此项交易中享有的利益向公司董事会或公司股东披露；二是要求董事抵触利益交易之决定必须排除利害关系董事的影响，由非利害关系人(董事会或股东会)作出。但如果第一或第二个方面——披露加无利益关系的董事的批准或披露加股东的批准——在某一特定情形下得

到了满足，这是否意味着交易可以完全免受股东诉讼的威胁？或者说意味着禁止法院审查交易的公平性并判定其无效？答案是否定的。在 *Flieggel 诉 Lawrence* 案中，法院认为：“在其条件得到满足时，只是消除了对‘有利害关系董事’的疑虑，并且在董事或高级职员牵涉其中时，仅仅为合同免遭违法性指控作出了准备。该条文并未认可公司的不公平行为或合同可以免受法院的审查。”[ZW()《大西洋判例汇编》第 2 辑第 361 卷第 218 页。转引自(美)罗伯特·C·克拉克著，前引书，第 138 页。[ZW()]因此，归根到底，本条立法的实际效果是，通过设计一套程序性规则来实现诉讼法上举证责任的转换或再分配。[ZW()张开平著，前引书，第 248 页。何美欢著，《公众公司及其股权证券》(中册)，第 825 页。(美)罗伯特·W·汉密尔顿著：《公司法》(美国法精要·影印本)，法律出版社 1999 年版，第 44 页。

[ZW()]也就是说，如果一项董事抵触利益交易未经上述程序，那么与此交易有利害关系的董事必须证明这项交易具有实质的公正性；如果该交易满足上述程序性要件，那么与此交易有利害关系的董事免除就此项交易公正性的举证责任，反过来由就此项交易提出异议的原告承担举证责任。故对于交易是否公平的实质性审查仍是判定合同效力最直接的途径。然而要

求法官就每一个案件的特定情形去寻求公正，加之各类交易立场各异，从而极大地影响公司董事对其决策行为后果的可预见性以及商事交易的确定性，进而也影响到法律本身所应有的预期价值和稳定性。

美国 35 个州的成文法于 1987 年采取了《示范公司法》(1984 年文本)的立法例。

1989 年美国律师协会示范公司法委员会在《示范公司法》第 8 章增加了第 6 分章，用以代

替

原来的第 8.31—8.32 条，与 1984 年文本相比，1989 年修改的关键内容在于对符合程序性要件

的董事抵触利益交易赋予确立的法律效力，并同时排除了司法干预。1989 年《示范公司法》的修

改在美国法学界引起了巨大的争论，争论的中心就在于“非利害董事的批准的这一行为是否能‘净化’利益冲突交易，从而完全免除司法审查”。〔ZW(〕(美)罗伯特·W·汉密尔顿著，前引书，第 403 页。〔ZW)〕大多数学者持反对意见。迄至 1994 年，美国只有乔治亚州、密西西比州和华盛顿州采纳这项修正案。1994 年美国法学所的《公司治理

原则》(最终稿)也认为：即使一项利益冲突交易已被非利害关系董事批准，此项交易仍须接受严格的司法审查。

董事未履行披露义务或未经批准，为自己或第三人与公司交易时，该交易是否有效，从事交易的董事有无责任？《日本商法》第 265 条第 1 款规定，董事未经董事会的批准，为自己或者

第三者与公司进行交易，并给公司造成损失时，对公司要负损失赔偿责任或赔偿的连带责任。但由已发行股份总数 2/3 以上多数的同意，可以免除上述责任，在此场合，董事须在股东大会上公开出示该交易的重要事实。在美国，对于一项和公司相关的存在董事抵触利益的交易，如果没有获得董事会或股东大会的批准，而该董事又不能证明该交易对公司的公平性，则公司为了公司和股东的利益可以提请法院撤销该交易，并要求董事返还因该交易取得的财产，赔偿公司因此所受的损失，或者将该董事从该交易中所取得的财产推定为公司的信托财产。〔ZW(〕H. Henn & J. Alexander, supra, p639. 〔ZW)〕

〔BT2〕四、我国《公司法》对董事抵触利益的规制之完善

《公司法》第 61 条第 2 款规定，“董事、经理除公司章程或者股东会同意外，不得同本公司订

立合同或者进行交易。”正如美国著名法学家约翰·科菲(J·coffee)教授所指出的：从抽象意义看比较严格，但是在自我交易的具体范围和批准程序上则显得模糊不清。〔ZW(〕张开平著，前引书，第 312 页。〔ZW)〕同国外的立法例相比，我国《公司法》关于董事抵触利益交易的规定还存在较大的不足，在限制条件、适用范围以及生效要件等方面都亟待完善：

〔BT3〕(一)放宽限制条件

依据我国《公司法》第 61 条的规定，有关董事的抵触利益交易必须经章程事先授权或经股东大会的同意，方为有效。《上市公司章程指引》(以下简称《章程指引》)第 80 条持相同的规定。〔ZW(〕中国证券监督管理委员会(以下简称证监会)1997 年 12 月 16 日

发布，《章程指引》自发布之日起执行。《章程指引》第 80 条第 1 款第 2 项：“除经公司章程规定或者股东大会在知情的情况下批准，不得同本公司订立合同或者进行交易。”〔ZW)〕应该说，这一限制是相当严格，实际上采取了原

则上禁止的态度。〔ZW(〕杨辉：《论董事的抵触利益交易》，《中外法学》1997 年第 3 期，第 54 页。〔ZW)〕由股东大会作为唯一的公司机关对董事与公司间的合同或交易进行批准，而股东大会一

般一年才举行一次，召集临时股东会又面临时间和费用诸方面的支出。所以不问交易的性质及其它情形，将所有存在董事抵触利益的交易都交由股东大会来批准，既可能增加此种合同

交

易的成本，又可能使公司错过有利的商业机会。相对而言，世界上多数国家，对此持宽容态度，将董事会作为董事抵触利益交易的主要批准机关。克拉克对此的评价是，股东会的批准更耗成本和更具风险，它看来是为了适用于以下情形而设计的：(1)没有无利害关系的董事(即

所有董事都与交易有利害关系)时；(2)董事不愿为任何理由批准该合同时，或者(3)为了推卸责任，董事作为一个整体为自我合同寻求格外的或更大的合法性时。【ZW(】(美)罗伯特·C·克拉克著，前引书，第137页。【ZW)】沪深两市《股票上市规则(2000年修订本)》第7

.3.6条则作出了不同的规定，上市公司的董事会可以就与董事个人利益有关的关联交易、董

事任职或控股的关联企业与上市公司的关联交易进行表决。第7.3.11条进一步规定，上市公

司拟与关联人达成的关联交易总额高于3000万元或上市公司最近经审计净资产值的5%以上的

，该关联交易在获得公司股东大会批准后方可实施。笔者认为，《股票上市规则(2000年修订本)》的规定较《公司法》的规定强化了公司机关批准董事与公司间交易的灵活性和便捷性，但因无“在董事会不愿或不能的情形下由股东大会批准”的补充规定，

又略显不足。未来公司法修改中应吸收《股票上市规则(2000年修订本)》的合理成份，将上

市公司董事抵触利益的批准权赋予公司董事会，并以但书形式对股东大会批准的情形作出规定。

【BT3】(二)扩大适用范围

《公司法》第61条未将董事抵触利益交易提高到利益冲突的层面加以规范，因此该规定的适

用范围过窄。【ZW(】符启林、侯怡：《连锁董事法律义务探讨》，《海南大学学报(社科版)》1999年第1期，第44页。【ZW)】一方面，以上条文没有包括董事与其所任职公司的子公

司或有控制利益的其他实体，致使这些子公司或实体有受不公平关联交易损害之虞。另一方面，我国《公司法》只规定董事本人，而没有涉及到与董事有关的人和法律规定的其他入，也就是说，

我国公司法只对直接利益冲突有规定，而没有涉及间接利益冲突的内容。《公司法》上的不足在《章程指引》和沪深两市《股票上市规则(2000年修订本)》得到了一定程度的弥补

。《章程指引》第80条提纲挈领地阐述了“董事应当遵守法律、法规和公司章程的规定，忠实履行职责，维护公司利益。当其自身的利益与公司 and 股东利益相冲突时，应当以公司和股东的最大利益为行为准则。”《章程指引》第83条则对“董事个人或者其所任职的其他企业直接或间接与公司已有的或者计划中的合同、交易、安排”作出规范，但没有对“直接或间接”作出更详细的解释。《股票上市规则(2000年修订本)》第7.3.1条明确了关联交易的主体一方不仅包括上市公司，也包括上市公司的附属公司。【ZW(】《股票上市规则(2000年修订本)》第7.3.1条规定，上市公司的附属公司是指上市公司为第一大股东，或者基于股权比

例、公司章程或经营协议的规定，上市公司能够控制其董事会组成的公司。【ZW)】第7.3.3条一第7.3.5条则明确了关联交易的主体另一方除包括上市公司的

董事本身之外，还包括有上市公司董事的父母、配偶、年满 18 周岁并具有民事行为能力的子

女、上市公司董事任职或控股的关联企业。笔者认为，为了使董事忠实义务不折不扣地得到落实，防止董事暗渡陈仓，参酌《章程指引》、《股票上市规则(2000 年修订本)》和外国相关立法例，我国应对《公司法》

第 61 条第 2 款的适用范围进行扩张解释。一则就和交易相关的公司而言，公司及其子公司及

公司享有控制利益的其他实体之间的利益是一致的。因此，与一项交易相关的公司，不仅要包括公司自身，也应包括公司的子公司以及公司对其拥有控制利益的其他实体。二则就存在抵触利益的董事而言，既包括直接与公司做交易的一方董事，也包括在与公司交易的对方当事

人那里享有重要利益的董事，这种重要利益使人们合理地认为将对该董事的判断产生影响。具体范围，不仅包括与上市公司董事有血缘或姻亲关系的人，也包括与董事有经济利益关系的经济实体。

〔BT3〕(三)完善生效要件

董事的忠实义务虽不意味着董事必须完全排除利益冲突交易的存在，但是要求这种利益冲突交易对公司而言必须公正。综观各国立法例，各国均在承认自我交易并非自动无效的前提下，努

力通过适当的法律程序来保证其“公正性”，通过程序公正来达到实质公正的目的。正如谷口

安平先生所指出的，“程序很重要，因为它们提供了一种冲突双方可以更容易接受最终结果的

方式。通过一种公众认为公平的方式作出决定，当政者可以获得对这些决定的更大的认可，就使得决定所涉及的各方更容易服从。”〔ZW〕(日)谷口安平：《程序公正》，载于宋冰编：《程序、正义与现代化——外国法学家在华演讲录》，中国政法大学出版社 1998 年版，第 376 页。〔ZW〕在董事抵触利益交易中，适当的程序不仅可以最大限度地过滤交易行为所潜在的道德风险，还可以最大限度地消除人们对交易行为公正性的疑虑。然而，即使利害关系董事完全履行了法定的程序，也并不意味着他可以就此项交易免除任何责任，只不过免除了他对交易公正性的举证责任，从而把实质问题最终交由法官来判断。

就适当的法律程序而言，各国的规定主要包括“公开性原则”和“独立判断”。前者要求有利害关系的董事必须履行披露的义务，后者要求在排除有利害关系董事的影响下，由非利害关系人作出表决。简言之，前者为披露程序，后者为回避表决程序。我国公司法上述条文对二者均无涉及。所幸的是，《章程指引》的规定填补公司法董事抵触利益交易程序性要件规定的空白。《章程指引》第 83 条规定，董事在与公司直接或间接的交易中，均应当向董事会披露关联关系的性质和程度，并且在董事会表决时不得将其计入法定人数。《股票上市规则(2000 年修订本)》7.3.6 条也对回避表决制度作出了相应的规定。

就实质性要件而言，《公司法》对此类交易的“公平性”只字未提。〔ZW〕刘俊海著：《股份有限公司股东权保护》，法律出版社 1997 年版，第 240 页。〔ZW〕根据规定，此类交易交

由股东大会批准时，股东还可以就该交易的公平性进行审查，但当董事直接根据章程概括授权与

公司进行此交易而无须批准的情形下，如果缺乏“公平性”这一实质要件，则实难避免个别董事恣意侵害公司和股东的利益。笔者认为，公司法关于董事抵触利益交易要求章程或股东大会同意的目的显然是为了防止不公正的交易行为的发生。因此根据公司法，虽有章程授权

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库